

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
المؤتمر الخامس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية
في الفترة من 17-18 شوال 1426 هـ
الموافق 19-20 نوفمبر 2005م
مملكة البحرين

بحث عن
تقدير الرجوع للموانين في العقود والعقود للتحكيم إلى
المؤسسات الشرعية

إعداد
الدكتور جاسم سالم الشامسي
عميد كلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقيد الرجوع للقوانين في العقود والرجوع للتحكيم إلى الهيئات الشرعية

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا، ومن علينا بالحنفية السمحاء، ولم يجعل علينا فيها مشقة ولا حرجا ... واصلي وسلم على من أرسله الله رحمة مهداه للعالمين .. وبعد ،،

جاءت النصوص القرآنية منذ أول الأمر بوجوب الوفاء بالعقود وذلك في قوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } كما أوضحت النصوص المسؤولية المترتبة على التعاقدات في قوله تعالى { وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا } من جهة أخرى فقد أرست هذه النصوص مبدأ رضائية العقود ، وذلك بقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن توافق منكم } .

ويقىد هذا المبدأ الأمور الآتية :-

- ١ - إن الفرد حر في الدخول في أي عقد يشاء في حدود النظام العام والأصول الشرعية.
- ٢ - حق الفرد في التعاقد مع من يشاء أو في عدم التعاقد .
- ٣ - حق الفرد في تحديد آثار العقد الذي يرضى به، والشروط التي يختارها :

٤ - حق الفرد في ابتكار أنواع العقود والمعاملات التي تخالف
أصلاً شرعاً، بناءً على أن الأصل في المعاملات الإباحة.

٥ - وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم وتحديد
آثار اتفاقيهم، وليس من حق القاضي على وجه العموم أن يغير
أحداً منهم على التزام ما لم يتلزم به.

٦ - وجوب وفاء المتعاقدين بما رضي به والتزمه للطرف الآخر،
لأنه قد ألزم نفسه بهذا الذي تحمله.

فالرضا في الشريعة الإسلامية كافٍ لإنشاء العقد، كما أنه هو أساس
الالتزام ومستند للإحصار على تفويذه، وهو الدليل على إفساح المجال أمام حرية
الإرادة ما دامت لا تتناقض هذه الإرادة فيما اتجهت إليه مع أصل من أصول
الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المقيدة فيها.

وقد نص الفقهاء على مبدأ الرضائية في العقود من ذلك ما ذكره
الزنجاني بقوله "الأصل الذي ثبّن عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين
العباد إتباع التراضي الموكول عليه بقوله تعالى: { لَا تَأْكُلُوا أُمُوالَكُمْ يِسْكُمْ
بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }" بمحض أن حقيقة الرضا لما كانت
أمراً خطياً وضميراً قليلاً اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي
يسيدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين.

(نقاً عن د. محمد أحم سراج - نظرية العقد والتصرف في استعمال الحق من جهة الفقه الإسلامي -

ص ٨٧ و ٨٨)

" تحرير الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٣).

وأما الشروط المترتبة بالعقد فإن الجمهور قصوا بتصحیح الشروط المتضمنة لنفعه أحد الطرفين الصحیحة في عُرف التعامل أو في الشرع ، شریطة ألا تُخالف أصلًا من الأصول الشرعية.

وقد ذكرنا النصوص القرآنية بداية ، ونضيف ما نصت عليه القاعدة الفقهية إن (العادات إذن والمعاملات طلق) أي على الإباحة ومفادها أن العادة لا يكون إلا بإذن الشارع، بخلاف المعاملات التي لا يشترط بصحتها سوى عدم ورود النص بمحظتها وتحريمها .

ومن ذلك تنطلق للإباحة الجزئية الأول عن موضوع البحث .

أولاً - تقيد الرجوع للقوانين في العقود :

إذ نص في العقد على أنه تُطبق أحكام القانون بما لا يُخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

نفترض أنه عند تطبيق القانون على العقد اعترض أحد طرف العقد على أن القاعدة القانونية بأنها تُخالف أحكام الشريعة الإسلامية إذا أحيل الخلاف إلى القضاء .

وهنا سينطلب القضاء إثبات القاعدة الشرعية التي يُخالفها النص القانوني فعلى المدعي إثبات ما يدعيه من القاعدة والقوانين على المدعي أن يثبت حقه وللمدعي عليه نفيه .

وهنا سينظر إلى القاعدة الشرعية خاصة أنها لم ينص عليها صراحة في العقد، وإنما أثبتت خلافاً للقاعدة القانونية التي يفترض أنها نافذة ضمن أحكام

العقد لو لا الادعاء بأنها مُخالفه لحكم الشريعة الإسلامية . وهنا يجب إثبات القواعد الشرعية التي لا يجوز مُخالفتها وهي كالتالي :

١ - الأحكام الصريحة القطعية الواردة في القرآن والسنة كحرمة الخمر والربا والميسر وأنصبة الورثة من تركة الميت .

٢ - القواعد العامة الواردة في القرآن كل شيء مُسكر، وحرمة كل بيع لا يتم فيه تبادل المنفعة بين الجانبين على تراضي منهما وحرمة كل تعامل دخله القمار والرهان الجرم .

٣ - الحدود المقررة في القرآن والسنة تتحدد بما حررتنا في الأعمال بحيث لا يجوز تجاوزها كحد ثلث المال للوصية .. وهذه الأنواع غير قابلة للتغيير *

والسؤال المبادر إذا أثبتت قطعية المخالفه فهل تُطبق تلقائياً القاعدة الشرعية المناسبة أم إن القاضي سيبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد ذلك كأن يكون قانون العقد أو قانون بلد التسليم ، خاصة إذا كان الخلاف بين مؤسسات أحدهما طرف يُعد عنصراً أجنبياً.

حيث يكون دور القاعدة الشرعية - باعتبارها قاعدة إسناد - هي فقط لإثبات المخالفه لحكم الشرع لا لتطبيقها .

أيضاً عند ادعاء أحد طرفي العقد بأن القاعدة القانونية تُخالف أحكام الشرع وحدد القاعدة الشرعية التي تقضي بذلك . إلا أن الطرف الآخر وله حق الرد أثبت أن القاعدة الشرعية ليست محل اتفاق من الفقهاء فهل هذا الأمر

* (أبو الأعلى المودودي ، القانون الإسلامي وطرق تطبيقه ص ٣٤).

يجعل القاعدة القانونية التي نص عليها العقد نافذة ويستبعد تطبيق أحكام الشرع ؟

عموماً إذا كانت القاعدة التي يدعي بأنها مُخالفه لحكم شرعى في هذه الحالة في بلد تطبق أحكام الشريعة الإسلامية أو أن دستورها نص على أن أحكام الشريعة مصدر رئيسي للقانون فهنا يمكن التعامل وفقاً لذلك . ولكن المعاملات التي تحد فيها المؤسسات المصرفيه الإسلامية كثيراً ما تكون مع دولة غير إسلامية وبالتالي القواعد المدعى أن مُخالفته لحكم الشرع والنابعة من قانون تلك الدولة، إما أن تكون قاعدة آمرة أو غير آمرة ، وإذا كانت آمرة فمن الصعب الطعن عليها إذ الطرف الآخر سيدفع دائمًا بأنها آمرة . إما غير الآمرة فيجوز هنا التغلب عليها بالقاعدة الشرعية المتفق عليها . ولذلك قد يكون محل التراع أمام التحكيم سواء الخر والموسي ويجب أن يكون للهيئات الشرعية دور في ذلك وهو ما سذكره لاحقاً .

ثانياً - اللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية :

حقيقة عند إحالة التراع إلى القضاء العادي فأنت لا تخترق القاضي الذي ينظر التراع .. وقد لا يكون هذا القاضي على دراية واسعة بقواعد الشريعة الإسلامية ، خاصة إذا كان تحصيله العلمي في كليات الحقوق التي يكون اهتمامها بالفقه الإسلامي بسيط ، وأنت هنا لا تستطيع أن تستخدم نظام الرد (رد القاضي) أو عدم الصلاحية والتي هي مُحددة صراحة في القوانين (قوانين الإجراءات المدنية) . وليس أمامك إذا كان القاضي قد خالف في حكمه وفقاً لفهمه قواعد الشريعة الإسلامية إلا أن تطعن عليه بالاستئناف وبيان حكم الشريعة الإسلامية الصحيح في المسألة ، مثلاً على ذلك في القضية

التي تتلخص وقائعها في أن أحد الأشخاص يمتلك عقار بمدينة أبوظبي وهو عبارة عن أرض وقد تقدم إلى بنك دبي الإسلامي بطلب قرض مضمون يقصد رهن لذلك العقار. إلا أن بنك دبي الإسلامي طلب أن يكون شريكاً له في العقار مقابل المال الذي سيقدم له حيث أن البنك الإسلامي لا يتعامل بالاقراض بفائدة .

ولذا فقد أبرما عقد مشاركة مُتاقضة مُؤرخ في ١٩٩٥/٥/١ وأن المادتين العاشرة والحادية عشرة من العقد تخلان الشريك (أي المتعاقد مع البنك) شراء كامل ذلك العقار وامتلاكه خلال فترة زمنية حددها عن طريق المشاركة المتقاضة المتهدية بالتمليك.

واختلف الطرفان ، فتقدم صاحب العقار إلى المحكمة المدنية بـأبوظبي مقيماً الدعوى المدنية الكلية طالباً الحكم له ضد بنك دبي الإسلامي بإبطال عقد المشاركة المتقاضة واعتباره كان لم يكن واحتياطياً باعتباره عقد قرض بشروط مُتكافئة ، وحق لا يحصل البنك على كامل قيمة القرض المضمن بعد الرهن المسجل على العقار بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٨ ، مُستنداً في طلباته هذه إلى أن بيع العقار يخالف نص المادة العاشرة من القانون المحلي (إمارة أبوظبي).

ولقد أحاب بنك دبي الإسلامي (المدعى عليه) بأن نظام الشراكة المتقاضة هو أحد طرق التمويل في النظام الإسلامية وتنتهي تلك المشاركة بمتلك العميل لـكامل العقار بعد شراء حصة البنك ... الخ .

وبتاريخ ١٢/٧/١٩٩٨ حكمت المحكمة الابتدائية بأن العقد المؤرخ في ١٩٩٥/٥/١ المحرر بين طرفين الخصومة هو عقد قرض مبلغ ٤,٨٠٠,٠٠٠ درهم بفائدة قدرها ٦٪ من تاريخ بدء العقد مع استمرار البنك في تحصيل ريع (الفلل) خصماً من مستحقاته لدى المدعي مع التزام المدعي بسداد مبلغ القرض في غضون أربع سنوات !!

ولم يلق هذا الحكم قبولاً من الطرفين فطعنا عليه بالاستئناف . والذى يهمنا استئناف بنك دبي الإسلامي الذي تم بتاريخ ١٩٩٩/١/٥ وطلب في استئنافه إلغاء الفقرة الحكمية الخاصة بوصف عقد المشاركة المتناقضة المنتهية بالتمليك المؤرخ في ١٩٩٥/٥/١ باعتباره عقد قرض والقضاء محدداً بأن العقد هو عقد مشاركة متناقضة منتهية بالتمليك.

وباستقراء محكمة الاستئناف لكامل الزراع ولعناصر العقد محل هذا الزراع تبين لها أنه من العقود غير المسماة (حيث تضمن خليطاً من العقود المسماة) كالبيع والإيجار والشركة والرهن ، وكذلك الوعد بالبيع ، وأنه عقد في حقيقته ليس قيمة أي محاولة لقواعد الشريعة الإسلامية لأنها نتيجة دراسة فقهية وفتاوي شرعية تم الإفتاء بها مناسبة إنشاء المصارف الإسلامية لضرورة هذا النوع من المصارف لعقود مغایرة للعقود المتعارف عليها في معاملات المصارف العادية والمعتمدة أساساً على التعامل بالفوائد الربوية (أنظر مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثاني - السنة الخامسة والعشرون - ربيع الأول ١٤٢٢ هـ يونيو ٢٠٠١ م) ، المشاركة المتناقضة المنتهية بتملك العقار تعليق على الحكم الصادر في الاستئنافين رقم ٤ و ٥ لسنة ١٩٩٩ م الصادرتين

من محكمة أبوظبي الاستئنافية بتاريخ ١٨/٥/١٩٩٩م للأستاذ الدكتور جاسم علي سالم الشامسي).

أفضلية التحكيم :

لمثل ما ذكرنا فإن دور التحكيم يكون أكثر مناسبة لقضايا المنازعات والمخاصل الناتجة عن العقود المالية الإسلامية.

لكن نظام التحكيم ليس هو صورة واحدة ، إذ التحكيم قد يكون مؤسسي أو التحكيم الحر الغير مرتبط بمؤسسة وقد يتم بواسطة مُحكم فرد أو بعدد أكثر ثلاثة أو خمسة ودائماً يتم بعدد فرد.

ويقصد بالحكم وفقاً لجملة الأحكام العدلية (المادة ١٧٩٠) بأنه الحكم الذي يتحذه خصمان بضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما. أي اختياره يتم بناء على إرادة المتخاضمين ودائماً لا يكون المُحكم شخصاً معنوياً وإنما شخصاً طبيعياً للاعتبارات أهمها أنه يختار لشخصه ولصفة فيه كالأمانة والصدق والعدالة والأخلاق والقدرات والخبرة التي تتوافر لديه، أي كما يقول القانونيين أن للنظرية الشخصية اعتباراً جوهرياً في اختيار المُحكم.

وطرق اختيار الحكم كما ذكرنا سابقاً فيما أن تتم عن طريق التحكيم الحر أي الذي لا يخضع للنظام المؤسسي بحيث إذا وقع نزاع بين أطراف العقد فيطبق الشرط الذي في العقد وهو الاتفاق على حل النزاع عن طريق التوفيق أو التحكيم وبالتالي إذا قام أحد الأطراف بعرض النزاع على المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً ، ودفع الطرف الآخر بعدم الاختصاص للمحكمة فإن المحكمة تحكم بعدم الاختصاص والإحالة (وفي بعض القوانين تحكم بعدم القبول). أما

إذا وقع التزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقا على المحكمين ، أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم . عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر التزاع من يلزم من المحكمين، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم

أما الطريق المؤسسي فهو أن ينص في العقد أو في اتفاق آخر بين الأطراف على أن يعرض التزاع على أحد مراكز التحكيم ، وهنا يفترض أن الحكم الذي سيختاره الأطراف أن يكون مسحلاً أصلاً في هذا المركز وإلا لن يكون له الحق في التحكيم عن طريق المركز.

والإجراءات المتّعة تقريراً كما ذكرنا سابقاً بالنسبة للتحكيم الحر إلا أن هناك يختار المحكمون ليس من قائمة معينة بل يجب أن يتفق الأطراف على المحكم أو المحكمين ويختار المحكمين محكماً مرجحاً أو تعينه المحكمة المختصة أصلاً بنظر التزاع .

أما بالنسبة لمركز التحكيم (التحكيم المؤسسي) فهنا يختار المحكم من قائمة المركز المقيدن لديه وإذا امتنع أحد الأطراف عن الاختيار كان للمركز الحق في التعين خاصة بالنسبة للمرجح ، وبالتالي إذا كان التزاع بين شركة إسلامية ستضطر إلى اختيار محكם وفقاً لقائمة التي لدى المركز من المحكمين . وإذا كانت المراكز في معظم دول الخليج العربي لا تمنع أن يكون المحكم غير مسلماً ، فإن نظام التحكيم السعودي ، نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم أن يكون المحكم من الوطنين أو الأجانب شريطة أن يكون المحكم مسلماً من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ،

واشترطت المادة في حالة تعدد المحكمين يجب أن يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة.

وبالتالي حتى نصل إلى تطبيق صحيح للجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية ، يجب أن يكون هناك مركز إسلامي للتحكيم مثلاً ، وأن يُسحل فيه أعضاء الهيئات الشرعية وأن ينص في العقد أو الاتفاق اللاحق بين الشركات أو المؤسسات على أن يكون التحكيم لدى المركز الإسلامي للتحكيم ، أما في غير هذه الحالات قد لا نصل إلى الشخص المناسب للتحكيم أو إننا لن نستطيع أن نُرشح شخصاً غير مُقيد لدى مركز التحكيم . وبالتالي سنتوغل على أنفسنا فرصة الاستفادة من فقهاء الشريعة . أيضاً يجب أن يكون السادة الفقهاء على دراية بأنظمة التحكيم ، وذلك إذا لم يكونوا على دراية بالإجراءات المطلوب إتباعها في الحكم وأصدروه مُخالفًا للقواعد سببيًا إلى الطعن على الصيغة التنفيذية أمام القضاء عند التصديق عليه مما سيؤدي إلى نقضه ، وهذا سيعطل الحلول التي نرمي إليها من اللجوء إلى الهيئات الشرعية في التحكيم، ويحكم وفقاً للقواعد التي قد لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي نتشدّها.

والله ولي التوفيق ، ، ،

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي
عميد كلية الشريعة والقانون